Nummer 14. Berlin, den 15. Juli 1906. XI. Jahrgang.

Deutsche Juristen-Zeitung.

Begründet von LABAND — STENGLEIN — STAUB.

Herausgegeben von

DR. P. LABAND, Professor. DR. O. HAMM, Wirkl. Geh. Rat, Oberlandesgerichtspräsident a. D. ERNST HEINITZ, Justizrat.

Verlag von OTTO LIEBMANN, Berlin.

Die „Deutsche Juristen-Zeitung" erscheint am 1. und 15. jeden Monats. Preis: vierteljährlich einschließlich aller Beilagen für Deutschland, Oesterreich-Ungarn, Luxemburg 4 M.; für das Ausland franko 5 M. Einzelne Nummern 80 Pfg. Alle Buchhandlungen und Postanstalten des In- und Auslandes sowie direkt die Expedition nehmen Bestellungen entgegen.

Redaktion und Expedition: Berlin W. 57, Potsdamerstr. 96. Alle Einsendungen nur an diese Redaktionsadresse erbeten. Fernsprecher VI 2564. Alleinige Inseratenannahme: Rudolf Mosse, Berlin SW., und sämtliche Filialen. Inserate die 4gespaltene Nonpareillezeile 50 Pfg., Familienanzeigen und Stellengesuche 40 Pfg. Beilagen nach Uebereinkunft.

(Nachdruck sämtlicher Artikel wird nur mit genauer und unverkürzter Quellenangabe gestattet.)

An unsere Abonnenten.

Der diesmaligen Nummer unseres Blattes liegt für unsere Abonnenten unentgeltlich bei die **„5. Spruchsammlung der Deutschen Juristen-Zeitung"**, die wie die vorhergegangenen die Präjudizien des Reichsgerichts, des Preußischen Kammergerichts, des Bayerischen Obersten Landesgerichts und der Oberlandesgerichte aus dem Jahre 1905 zum BGB. und zu den wichtigsten anderen Reichszivilgesetzen, bearbeitet von Landgerichtsrat Hoffmann, Breslau, enthält.

Um Wiederholungen zu vermeiden, sind die das Zivilrecht berührenden Entscheidungen aus der 4. (strafrechtlichen) Spruchsammlung nicht noch einmal wiedergegeben worden, besonders da sie dort bei den in Betracht kommenden Materien leicht auffindbar sind. Nur der handelsrechtliche Teil B enthält, wie bisher, auch die wenigen Entscheidungen in Strafsachen.

Mehrfach geäußerten Wünschen entsprechend, hat die Rechtsprechung in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit und des Grundbuchrechts diesmal eine eingehendere Berücksichtigung erfahren, so daß wir hoffen, daß diese umfangreiche Beilage unseren Abonnenten für Praxis und Studium noch willkommener sein wird als die früheren Sammlungen.

Die Redaktion.

Der Kampf um die Rechtswissenschaft.

Vom Wirkl. Geh. Rat Dr. Joseph Unger, Präsidenten des k. k. Reichsgerichts, Wien.

Mit vorstehendem Titel ist unter der Maske „Gnaeus Flavius" eine kleine Schrift von fünfzig Seiten erschienen, welche nicht verfehlen wird, in weiten juristischen Kreisen und wohl auch darüber hinaus Aufsehen zu erregen. In dieser wohlbegründeten Erwartung tritt denn auch das Opuskulum, wie auf dem Titelblatt verkündet wird, sofort mit zweitausend Exemplaren auf den Kampfplatz.

Der pseudonyme Verfasser ist sicherlich ein geist- und temperamentvoller, wohlunterrichteter und vielseitig gebildeter Gelehrter. Er schreibt frisch und flott von der Leber weg. Er beschäftigt sich nicht bloß mit der Jurisprudenz, sondern streift gelegentlich auch andere Kreise und holt zum Teil blendende Vergleiche aus entlegenen Gebieten her. Er rührt — eingedenk des Ausspruchs von Ulpian in L. 10. § 1 D. de just. et jure (1, 1): Jurisprudentia est divinarum atque humanarum rerum notitia — an göttliche und menschliche Dinge mit einem unerschrockenen Freimut und mit einer Parrhesie, die noch bewundernswerter wäre, wenn es ihm beliebt hätte, mit offenem Visier zu kämpfen.

Was will nun diese kleine Schrift? Sie unternimmt es, der heutigen Rechtswissenschaft und Rechtsprechung den Todesstoß zu versetzen und dagegen das Prinzip der „freien Rechtsfindung", der „freien Rechtsschöpfung" an ihre Stelle zu setzen.

Was ist nun das „freie Recht"? Es ist ein Recht, das im Gegensatz zum staatlichen Recht steht, ein nichtstaatliches Recht, ein Recht, das das rechtslehrende oder rechtsprechende Individuum in und aus sich findet, aus sich selbst schöpft (S. 10. 12).

In welchem Verhältnis steht das freie Recht zum staatlichen Recht? Dies ist die entscheidende Frage.

Indem ich die Reihenfolge der Darstellung des Verfassers umkehre, wende ich mich sofort seinen Ansichten über die Rechtsprechung zu.

Unser Gnaeus Flavius fordert (S. 41), „daß der Richter, durch seinen Eid verpflichtet, den Fall so entscheidet, wie nach klarem Wortlaut des Gesetzes zu entscheiden ist. Von diesem darf und soll er absehen erstens, sobald das Gesetz ihm eine zweifellose Entscheidung nicht zu bieten scheint." Leistet aber der Richter den Eid etwa nur auf die Befolgung klarer Gesetze und nicht auf die Befolgung der Gesetze überhaupt? Wie schade, daß der Richter einen solchen Eid ablegen muß: er könnte sonst sofort das Gesetz beiseite schieben und „freies Recht" an dessen Stelle setzen! Und wenn das Gesetz zweifelhaft ist, so muß der Richter sich eben für den einen oder den anderen Sinn, den dasselbe haben kann, entscheiden. Woher soll ihm aber das Recht kommen, sowohl diesen als jenen

möglichen Sinn des Gesetzes außer acht zu lassen und nach seinem eigenen Sinn zu entscheiden?

Der Richter „darf und soll zweitens vom Gesetze absehen, wenn es, seiner freien und gewissenhaften Ueberzeugung nach, nicht wahrscheinlich ist, daß die zur Zeit der Entscheidung bestehende Staatsgewalt die Entscheidung so getroffen haben würde, wie es das Gesetz verlangt. In beiden Fällen soll er die Entscheidung treffen, die, seiner Ueberzeugung nach, die gegenwärtige Staatsgewalt, falls der einzelne Fall ihr vorgeschwebt hätte, getroffen haben würde“ (S. 41). Wie soll aber der Richter sich jene und diese Ueberzeugung verschaffen? Wie soll er in animam der „Staatsgewalt“ hinein judizieren? Vollends in unserer parlamentarischen Zeit, wo Gesetze nur durch Uebereinstimmung dreier Faktoren zustande kommen. Soll der Richter etwa nach dem vermutlichen Willen des Unterhauses oder des Oberhauses oder der Krone den gegebenen Fall entscheiden? Freilich meint der Verfasser, „vermag der Richter sich eine solche Ueberzeugung nicht herzustellen, so soll er nach freiem Recht entscheiden“ (S. 41). Um zu diesem Resultat zu gelangen, hätte es jenes unmöglichen Umwegs nicht bedurft.

„Endlich, in verzweifelt verwickelten oder nur quantitativ fraglichen Fällen, wie Schadensersatz für immateriellen Schaden, soll — und muß — er nach Willkür entscheiden“ (S. 41). Nach Willkür?! Wie ganz anders und besonnener lautet die Vorschrift des § 287 der deutschen ZPO. und des § 273 der österr. ZPO.!

„Stets aber soll den Parteien im Zivilprozeß freistehen, durch gemeinsamen Antrag den Richter von der Pflicht der Beobachtung irgendwelcher staatlicher Rechtsnorm zu entbinden“ (S. 41). Das ist wohl der äußerste „Schritt vom Wege“! Die Parteien sollen „durch gemeinsamen Antrag“ jedes Gesetz für sich außer Kraft setzen dürfen, und der Richter muß sich trotz seines Eides auf das Gesetz dem fügen! Es gibt hiernach kein zwingendes Recht mehr! Die Willkür der Parteien ist zur suprema lex geworden. Hiermit wäre denn auch eine unbeschränkte „einverständliche Scheidung“ („Trennung“ nach österr. Sprachgebrauch) neuester Faktur möglich und den katholischen Ehegatten in Oesterreich mit Einem Schlag geholfen — der gordische Knoten wäre gelöst!

„Gegen Exzesse der Subjektivität — meint der Verfasser — schützt genügend die ausgleichende Vielheit der Köpfe im Richterkollegium und der Instanzenzug“ (S. 41). Aber wozu dies alles, da ja jeder Richter doch wieder nur nach seinem „freien Recht“ entscheiden würde: soviel Richter, soviel freie Rechtsfindungen! Auf diesem Wege würde die wegen der Möglichkeit widersprechender Entscheidungen (selbst in derselben Richterinstanz) ohnehin nicht allzu große, und doch so erwünschte Rechtssicherheit vollends in die Brüche gehen.

Durch diese Positionen und Propositionen unseres Gnaeus Flavius wird die Suprematie des Individuums über das Gesetz, die Herrschaft des Einzelwillens über den Staatswillen proklamiert. Der Verfasser meint allerdings, daß wir in einer Zeit leben, „die überall den individuellen Faktor mächtig zur Geltung bringt“ (S. 16) und nennt unser Zeitalter „ein Zeitalter des steigenden Individualismus“ (S. 28). Wir hatten bisher freilich geglaubt, daß das 20. Jahrhundert ein soziales oder, wenn man lieber will, ein sozialistisches, kollektivistisches sein werde!

Unter diesen Umständen wäre es wohl besser, sich nicht die Mühe zu geben, Gesetzbücher zu verfassen und ihren Inhalt wissenschaftlich zu bearbeiten, da sich ja Richter und Parteien „stets“ über das Gesetz hinwegsetzen können.

Auf der schiefen Ebene weiter gleitend, gelangt unser Verfasser schließlich dazu, die Volkswahl der Richter etwa nach schweizerischem Vorbild zu empfehlen (S. 46). Ob die Erfahrungen, die man in der Schweiz in dieser Beziehung gemacht hat, so glänzend und vielverheißend sind, vermag ich nicht zu sagen. In England aber, auf das als Vorbild der Verfasser vielfach rekurriert, hält man an der Ernennung der Richter fest, und auch in Frankreich ist man nach den während der Revolutionszeit mit der Wahl der Richter gemachten Erfahrungen zur Ernennung derselben zurückgekehrt. Wir leiden ohnehin an der Hypertrophie der Wahlen: Wahlen in den Reichstag (Reichsrat), in den Landtag, in Kreis- und Bezirksausschüsse usw. Seitdem die staatsrechtliche Wissenschaft erkannt hat, daß es ein primäres selbständiges Wahlrecht nicht gibt, daß das Wählen eine staatliche Funktion, eine staatliche Pflicht und nur ein obligatorisches Recht ist, sprechen sich immer mehr Stimmen für die Einführung der Wahlpflicht aus.[1]) Dann aber darf man die Wahlen nicht allzusehr häufen. Und wie groß und begründet sind die Befürchtungen, daß gewählte Richter nicht die so gebieterisch geforderte Objektivität und Unparteilichkeit besitzen, sondern zu willfährigen Organen politischer und sozialer Parteien werden und ihr hohes Amt parteimäßig ausüben würden.

Unser Verfasser dürfte seines Zeichens wohl ein Zivilist sein — der ganze Zuschnitt seiner Schrift macht dies wahrscheinlich. Gelegentlich streift er aber auch das Strafrecht. Soll nun etwa auch auf diesem Gebiete und auf dem Gebiete des Verfassungs- und Verwaltungsrechts „freies Recht“ herrschen?

Nun gibt es aber allerdings ein Gebiet, auf dem freie Rechtsfindung stattfinden darf, ja muß. Es ist dies der Fall, wenn und soweit das Gesetz Lücken enthält (vgl. S. 14. 15). Da der gegebene Rechtsfall entschieden werden muß, und der Richter nicht so lange warten kann, bis ein „diesbezügliches“ Gesetz erlassen wird, so darf und muß er den gesetzleeren Raum durch quasilegislatorische Tätigkeit ausfüllen und für den konkreten Fall auf denselben beschränktes objektives Recht schaffen. Der Richter darf zwar nicht contra legem judizieren, aber

[1]) Eine zwar etwas breite, aber fleißige und zahlreiche statistische Nachweisungen bietende Abhandlung über Wahlpflicht ist die ungarische (von Emil Kumlik übersetzte) Schrift des Preßburger Professors Alexander Vutkovich „Wahlpflicht. Politische Studie“. (1906 Selbstverlag, 125 S.)

praeter legem darf und muß er aus eigener Machtvollkommenheit Recht schaffen.[1]) Hierzu ist er aber erst dann berechtigt, wenn alle Mittel und Handhaben zur Gewinnung der Entscheidung aus dem Gesetze selbst erschöpft sind. So bestimmt denn auch Art. 1 des schweizerischen Zivilgesetzentwurfs, daß der Richter in diesem äußersten Falle „sein Urteil nach der Regel zu sprechen hat, die er als Gesetzgeber aufstellen würde.“ Unser Verfasser geht über „diese anderen Quellen“ leichten Fußes rasch hinweg (S. 40) und pflanzt sofort die Fahne des souveränen, allein seligmachenden „freien Rechts“ auf: was nach jenem Art. 1 ultimum remedium ist, ist nach ihm primum et unicum remedium. Hiermit ist denn auch schon seine Stellung zur Rechtswissenschaft gegeben und gekennzeichnet.

Der Verfasser verwirft die extensive[2]) und die restriktive Interpretation (S. 23. 24) sowie (mit Recht) die überkommenen, einander widersprechenden Interpretationsregeln, die ja in der Tat nicht mehr Wert haben als die Wetterregeln der Bauern. Er verwirft die Analogie (S. 23) und (mit Recht, aus bekannten Gründen) den Gebrauch von dogmatischen Fiktionen (S. 24. 25). Er verwirft das Operieren mit der ratio legis (S. 25)[3]), ferner alle juristischen Konstruktionen (S. 20. 22)[4]), alle Dogmatik (S. 34 f.), alle Systematik (S. 26 f.) und schließlich (S. 30) summarisch die ganze moderne „papierene Jurisprudenz“ (ein nach dem Titel des bekannten Werkes von Otto Schröder „Vom papierenen Stil“ geformter Ausdruck). Endlich verwirft er die Motivierung richterlicher Entscheidungen (mit der vielleicht nicht sehr überzeugenden Nebenbegründung, daß auch „der Gläubige nicht vom jüngsten Gericht motivierte Entscheidungen verlangt“) — von seinem Standpunkt aus gewiß mit Recht: sic volo, sic jubeo.

Und was setzt er an die Stelle? Den von manchen neueren Philosophen gepredigten Voluntarismus: „Die Rechtswissenschaft schließt sich dem Zuge der Geisteswissenschaften im 19. Jahrhundert an und tritt in ihre voluntarische Phase“ (S. 20). Im Anschluß an Schopenhauer (obgleich er „dessen Willensmetaphysik weit ablehnt“) behauptet er den Primat des Willens (S. 20). Nach dem Muster von Nietzsches „Wille zur Macht“ formt er den Ausdruck „Wille zum Recht“ (S. 36). „Immer ist es der Wille, der den Verstand am Gängelbande führt“ (S. 22).

In der Tat verhält es sich gerade umgekehrt. Wenn der Wille etwas wollen soll, so muß er zuerst eine Vorstellung von diesem Etwas haben. Wie soll der Wille eine bestimmte Richtung nehmen, wenn er nicht vorher weiß, worauf er sich richten soll? Erst erkennen, dann wollen: erst Vorstellung, dann Wille. Die richterliche Entscheidung geht zuerst aus dem Verstande, hierauf erst aus dem Willen hervor: weil der Richter erkannt hat, daß dies oder jenes recht sei, spricht er es im Urteil als Recht aus. Der Richter fällt seinen Spruch, weil er ihn für gerecht hält, nicht aber hält er seinen Spruch für gerecht, weil er ihn gewollt und gefällt hat. Und ebenso verhält es sich mit dem staatlichen Gesetzgeber: weil er ein bestimmtes Objekt und Ziel vor Augen hat, faßt er im Hinblick darauf einen bestimmten Willen und stellt die ihm entsprechend scheinende Norm auf. Auch hier dirigiert der Verstand den Willen, nicht der Wille den Verstand.

„Der Wille, zu einer vorher gewissen Entscheidung zu gelangen, ist es, welcher die Auswahl der jene Entscheidung begründenden Gesetzesstellen in Wahrheit leitet. Bartolus, der berühmteste aller Juristen, ist das klassische Beispiel, von dem die Geschichte berichtet, er habe erst die Entscheidungen gemacht und sich dann von seinem Freunde Tigrinus die zu ihnen passenden Corpus-juris-Stellen aufweisen lassen, weil er wenig Gedächtnis besessen habe“ (S. 20. 21). Hat aber etwa Bartolus aus „blindem Willen“ oder aus bon plaisir seine Entscheidungen getroffen? Doch wohl aus seinem, durch Studium und Erfahrung geschulten und geläuterten Rechtsgefühl (Rechtsbewußtsein).[1]) Auch Gnaeus Flavius verweist hin und wieder (S. 15. 19. 32. 37. 43) auf das Gefühl und auf den juristischen Takt. Aber Fühlen und Wollen sind zwei verschiedene Dinge.

Vom Standpunkt des Verfassers aus gibt es keine Rechtswissenschaft und kann es keine geben — höchstens könnte es etwa eine Rechtsphilosophie des Unbewußten geben.

---

[1]) Vgl. meine Ausführungen in Grünhuts Zeitschr. Bd. 31 (1904) S. 108 ff. Gelegenheit hierzu kann sich z. B. leicht ergeben infolge der Vorschrift des § 1234 des österr. ABGB., daß „die Gütergemeinschaft unter Ehegatten in der Regel nur auf den Todesfall verstanden wird.“ Das Gesetz erkennt somit an, daß eine eheliche allgemeine Gütergemeinschaft auch inter vivos stattfinden kann (vgl. Zeiller Komment. Bd. 3 S. 608), es regelt aber dieselbe nicht. Diese Regelung muß daher erforderlichenfalls durch den Richter erfolgen, der hiermit an Statt und an Stelle des staatlichen Gesetzgebers für den konkreten Fall Recht setzt und hiernach Recht spricht. Das gleiche gilt, wenn eine eheliche Errungenschafts- oder Fahrnisgemeinschaft verabredet wurde, da das österr. ABGB. auch hierüber nichts enthält. — Auf die im Text aufgestellte Formel könnten sich m. E. Gegner und Anhänger der freien Rechtsfindung einigen.

[2]) Der Verf. bemerkt (S. 23. 24), daß „die Raritätenkabinette unserer Gerichtsarchive davon zu erzählen wissen, was man alles unter der Marke „gefährliches Werkzeug“ konfiszieren kann“. Wird dies viel anders und besser werden, wenn einmal „freies Recht“ gelten sollte?

[3]) Der Verf. weist hierbei auf Thöl und mich hin. Aber m. W. beschäftigen sich alle Rechtslehrer und gegebenenfalls jeder Richter mit der ratio legis und ihrer Ergründung. Wie ich übrigens jetzt über mein System des österr. Privatrechts denke, dessen 1. Bd. gerade vor 50 Jahren erschienen ist, habe ich in der Vorrede zur 5. Aufl. gesagt.

[4]) „Die Wissenschaft hat die Definitionen sämtlicher Begriffe zu liefern — nicht durch „Konstruktion“ — sondern durch Ausstattung mit jenen Merkmalen, welche freie Rechtssätze an die Hand geben“ (S. 20). Dunkel ist der Rede Sinn.

[1]) So groß auch der Abstand zwischen Bartolus und mir ist, so geht es mir in dieser Beziehung doch ebenso wie unserem berühmten Ahnherrn. Auch ich schöpfe, wenn mir ein Rechtsfall zur Entscheidung vorgelegt wird, mein Urteil zunächst und unmittelbar aus meinem Rechtsgefühl (Rechtsbewußtsein) und suche erst hinterher nach der gesetzlichen Begründung und Rechtfertigung meines „Vorurteils“: es findet also zunächst ein instinktives Erkennen und Urteilen und hierauf erst ein reflektierendes statt. Freilich aber, wenn es sich herausstellt, daß eine gesetzliche Vorschrift meiner vorläufigen Entscheidung im Wege steht, halte ich es für meine beschworene richterliche Pflicht, meine Rechtsüberzeugung dem Gesetz unterzuordnen: lex dura sed ita scripta. — Es gäbe freilich auch noch eine andere, vielleicht natürlichere und einfachere Erklärung: nämlich, daß Bartolus zwar den Inhalt und den Sinn, nicht aber den Standort und den genauen Wortlaut der betreffenden Gesetzesstellen in Erinnerung hatte und deshalb im Corpus juris öfters nachschlagen (lassen) mußte.